

%

FORMATION DES MEMEBRES DU GMP ET DE LA SOCIETE CIVILE

LA HIERARCHIE DES NORMES: ENCADREMENT DES CONTRATS

Dakar ,24-29 mars 2015

1

Adrien SOMDA/Consultant

Tel: 00226 70265346

Email: somrien@yahoo.fr

Idrissa BODIAN /Consultant

Tel: 00221776301634

Email: ibodian1951@yahoo.fr


1

LE CADRE JURIDIQUE ET CONTRACTUEL AU PLAN INTERNATIONAL

- ❑ L'activité minière repose sur un cadre juridique et contractuel;
- ❑ L'administration des revenus générés par l'activité minière repose sur un **dispositif juridique** et des **réglementations fiscales et financières.**
- ❑ Dispositif juridique communautaire plus ou moins respecté par les Etats membres, national

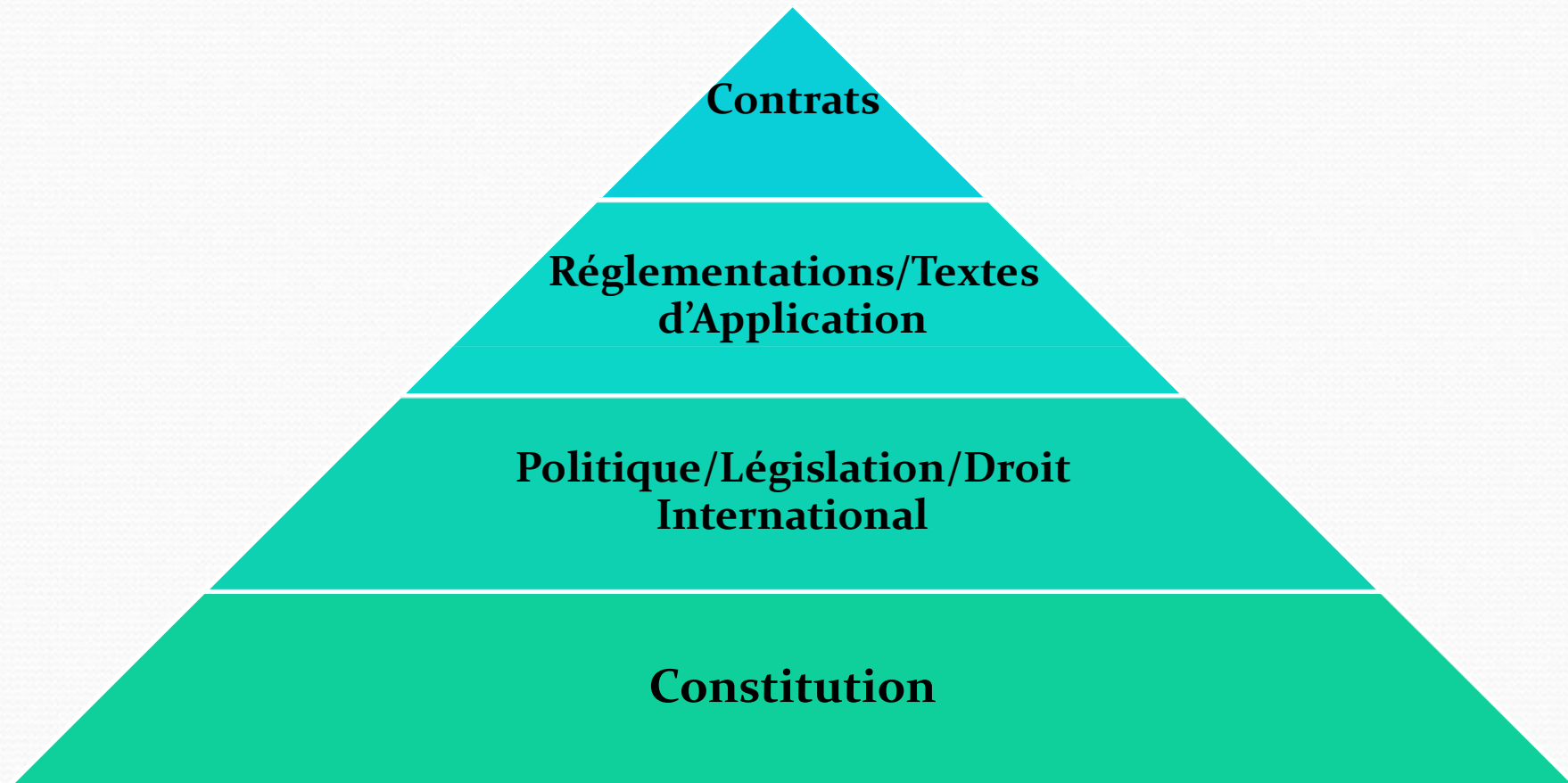
Objectifs principaux

1. Situer un contrat pétrolier ou minier dans l'ensemble des instruments juridiques
2. Identifier la base légale et les relations entre les différents textes
3. Débattre de l'impact des divergences entre un contrat et un autre texte
4. Evoquer le risque de non-conformité à la loi et des différends que cela peut engendrer

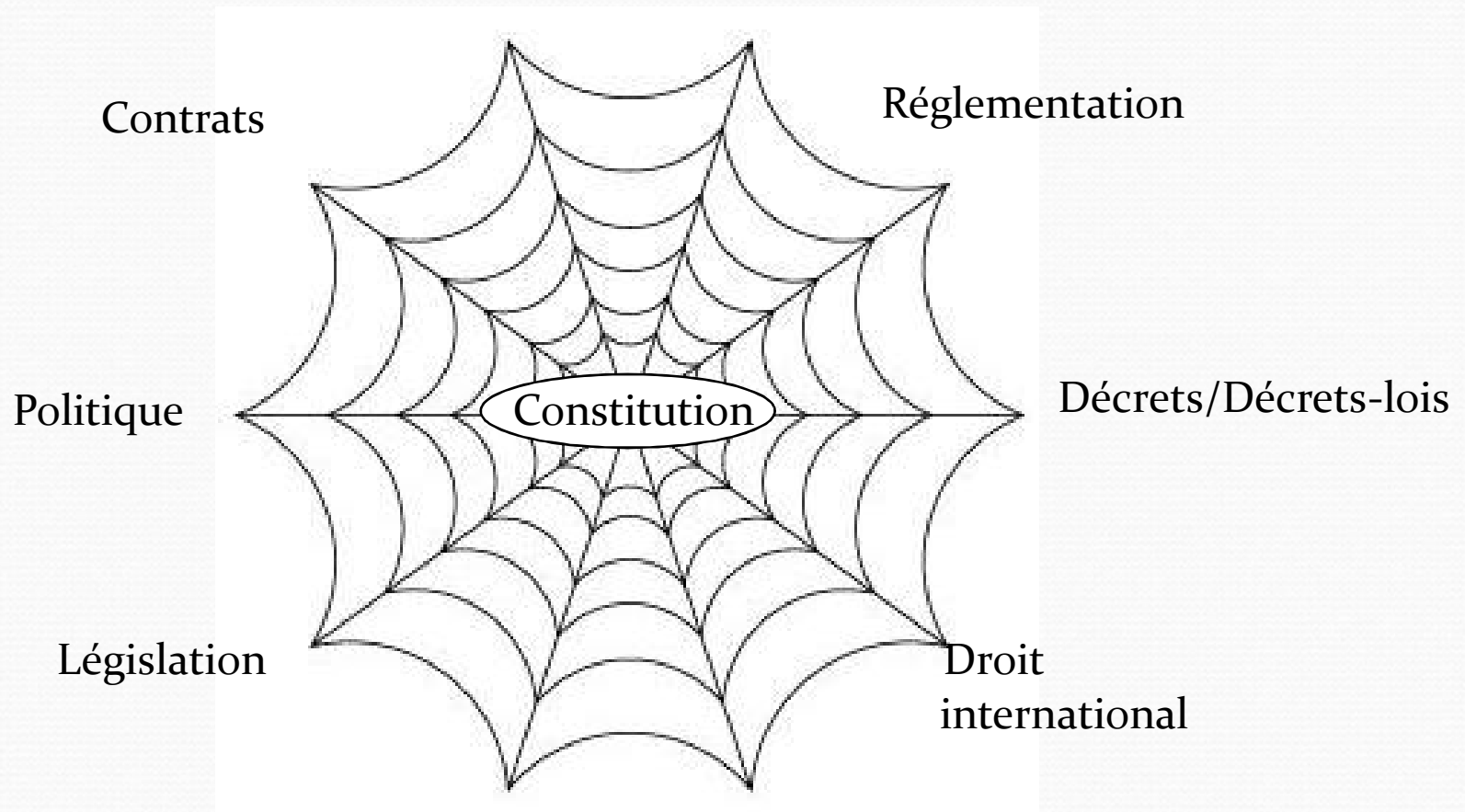


1. Quel est le contexte juridique dans lequel un contrat minier ou pétrolier se situe?

Le Monde idéal : Pyramide des Obligations



La réalité: « toile d'araignée »





Au centre : La Constitution

Quel rôle joue la Constitution au sein d'un système juridique ? Qu'est-ce qui la rend différente de tous les fils composant la toile ?

Les Constitutions et les ressources naturelles

Cameroun

Préambule: Résolu à exploiter ses richesses naturelles afin d'assurer le bien-être de tous en relevant le niveau de vie des populations sans aucune discrimination, affirme son droit au développement ainsi que sa volonté de consacrer tous ses efforts pour le réaliser et se déclare prêt à coopérer avec tous les états désireux de participer à cette entreprise nationale dans le respect de sa souveraineté et de l'indépendance de l'état camerounais

Art. 26: La Loi est votée par le Parlement. Sont du domaine de la loi:

- (5) Le régime des ressources naturelles

Congo-Brazzaville

Art. 38: Tout acte, tout accord, toute convention, tout arrangement administratif ou tout autre fait qui a pour conséquence directe ou indirecte de priver la nation de tout ou partie de ses propres moyens d'existence tirés de ses ressources ou de ses richesses naturelles est considéré comme crime de pillage imprescriptible et puni par la loi.

Sénégal

Les Constitutions et les ressources naturelles

- Droits
 - Droits économiques
 - Sécurité juridique de la propriété, y compris la juste indemnisation des expropriations
 - Droits et pratiques culturelles
 - Droit à l'accès à l'information
- Répartition des Pouvoirs
 - Rôle des gouvernements centraux et locaux
 - Distribution des revenus (par exemple au Nigéria)
 - Pouvoir législatif par rapport aux contrats publics

Les Politiques minière/pétrolière

- Un mot sur la politique : Tous les pays n'en sont pas dotés, mais lorsqu'elle est en place, une politique du pétrole ou des ressources minérales est un document formel, parfois ratifié par le Parlement du pays, parfois non, qui énonce les priorités de principe pour le secteur. Elle est bien plus spécifique que la Constitution dans la mesure où elle traite des objectifs dans le seul domaine des secteurs minéralier et pétrolier, mais elle ne définit pas de procédures particulières ni ne régit directement les relations entre participants du secteur.
- Voyons cet extrait de la politique minière de la Tanzanie. Dans cet exemple, bien que la politique minière soit de portée générale dans ses dispositions, elle implique des choix fondamentaux sur les objectifs que le gouvernement va poursuivre. Lisez les sept objectifs de la politique.

La Politique – Exemple de la politique minière de la Tanzanie

- « [L]es objectifs politiques du Gouvernement pour le secteur des minerais sont :
- i. stimuler l'exploration et le développement de l'activité minière ;
 - ii. régulariser et perfectionner l'exploitation minière artisanale ;
 - iii. veiller à ce que les richesses tirées de l'activité minière contribuent au développement socio-économique ;
 - iv. minimiser ou réduire à zéro l'impact social et environnemental défavorable du développement de l'activité minière ;
 - v. promouvoir et faciliter les accords de commercialisation des produits minéraliers et de leurs dérivés ;
 - vi. promouvoir et établir la position de la Tanzanie en tant que centre principal de l'exploitation des gemmes en Afrique ; et enfin
 - vii. atténuer la pauvreté, particulièrement celle des mineurs artisanaux et des petits exploitants. »

A votre avis qu'est ce qui manque?

La Politique – Exemple de la politique minière de la Tanzanie

- Qu'est-ce qui manque ? Qu'est-ce qui a été laissé de côté comme objectif essentiel de la politique ? (Réponses : par exemple, le développement économique au plan local, la formation). C'est le premier stade de l'énoncé des priorités pour le secteur.
- La politique minière du Sénégal

La Législation : rôles et particularités

Mode de Promulgation	Approuvée par le parlement, promulguée par l'exécutif
Application	Application générale, mais limitée à des sujets spécifiques
Éléments Clés	<ul style="list-style-type: none">• Concernent un sujet particulier et indiquent aux parties ce qu'elles doivent, peuvent, et ne peuvent faire• Débouchent sur des programmes du gouvernement, avec des conséquences sur le plan budgétaire
Modifiable par	<ul style="list-style-type: none">• Autre loi• Soumis à l'autorité supérieure de la Constitution

Droit International: rôles et particularités

Accords et traités sont habituellement signés par le pouvoir exécutif puis entérinés par la législature. Ils prennent alors force de loi et engagent le pays à l'instar de toute autre législation.

- Les gouvernements peuvent également devenir parties prenantes de conventions internationales ou de protocoles, qui les lient alors également.
- Droit international coutumier. Les États sont aussi soumis au Droit international coutumier, qui existe non pas parce qu'un État l'a spécifiquement accepté, mais parce qu'il est devenu la norme communément adoptée par la Communauté internationale. Pour qu'une disposition soit introduite dans le Droit international coutumier, il y a deux exigences :
 1. Que les États fassent preuve d'un comportement cohérent
 2. Opinio Juris— Les États agissent d'une certaine manière, non pas en fonction de leurs propres préférences, mais parce qu'ils s'y sentent tenus par une obligation légale.
- Un exemple de ce qui peut être considéré comme étant du ressort du Droit international coutumier : les États ne peuvent commettre de génocide.

Droit International et les Ressources Naturelles

Commercial

Bilatéraux
d'Investissement

- Traités sur zones frontalières

Droit de l'Homme

l'homme

Réglementations/Textes d'Application: rôles et particularités

Mode d'approbation	Habituellement par les organes exécutifs
Application	Ne créent ni droits, ni obligations formels
Éléments Clés	Établissent des systèmes et des procédures qui rendent effectives les obligations édictées par la loi du pays
Modifiable par	<ul style="list-style-type: none">• Législation, autre texte d'application• Soumis à l'autorité supérieure de la Constitution et de la législation

Contrats: rôles et particularités

Mode d'approbation	<ul style="list-style-type: none">• Négocie entre l'Etat et au moins une autre partie;• Dans certains pays assujetti à l'approbation du parlement
Application	Spécifique: n'engage que les parties nommées dans le contrat
Eléments Clés	Droits et obligations de une partie vis-à-vis de l'autre
Modifiable par	<ul style="list-style-type: none">• Accord mutuelle des parties• Législation (dépende de la présence/absence/contenu des clauses de stabilisation des conditions)



Publique

Privé

Textes de loi et contrats : Exemples

De manière explicite, la loi prend le pas sur les contrats	« La convention minière s'ajoute aux dispositions du code mais n'y déroge pas. ... »	Guinée Code Minier 2011, Art. 18
La loi permet expressément la modification des contrats	“...ou, en l'absence d'une forme prescrite ou de termes ou conditions prescrits, sous la forme et sous les termes et conditions que pourra décider ou imposer le Ministre. »	Nigeria Petroleum Act, 3(2)
Les contrats se soumettent expressément à l'autorité de la loi	« Les revenus imposables de l'Entrepreneur seront déterminés selon les termes de la section 2 de la Loi sur les revenus des exploitations pétrolières... »	Ghana Model Petroleum Agreement, 10.2
Le contrat constitue une dérogation explicite à la loi	« ...la Société...est exemptée de tous impôts, quelle qu'en soit la nature prévu par le Code Minier et la législation fiscale en vigueur...».	Gabon Contrat Belinga, Art. 24

REGLEMENT DES DIFFERENDS

Trois sources possible pour le règlement des différends:

➤ **Lois nationales (code minier)**

- ✓ Tribunaux étatiques
- ✓ Recours à un expert indépendant (litige d'ordre technique)
- ✓ Arbitrage national
- ✓ Arbitrage international (si clause compromissoire)

➤ **Contrats/permis miniers**

➤ **Traités bilatéraux de protection et de promotion des investissements**

- ✓ Interétatique: applicable aux litiges entre Etats parties au traité
- ✓ Investisseur-Etat: autorise des investisseurs privés à soumettre des réclamations contre l'Etat d'accueil dans un arbitrage international

Merci.

Commentaires/Questions?

Qu'est-ce-qui est original?

- Un investisseur privé étranger peut porter une réclamation directement contre un Etat souverain même lorsqu'il n'y a pas de contrat entre eux
- L'Etat est toujours défendeur
- Pas de demandes reconventionnelles car l'investisseur n'a pas d'obligations dans les traités
- L'enjeu porte sur les actes et les mesures ***prises par un Etat en sa qualité de souverain*** (lois et règlements, pratiques, etc.)
- Le litige est soumis en principe aux règles du ***droit international*** et est basé sur la violation d'un ***instrument international***

Caratéristiques arbitrage investisseur-Etat dans les traités

- Période de négociations préalable obligatoire (6 mois en moyenne)
- Recours direct à l'arbitrage international (institutionnel ou *ad hoc*) laissé au choix de l'investisseur:
 - Convention CIRDI,
 - Règles d'arbitrage de la CNUDCI
 - Tribunal d'arbitrage de la CCI de Paris
 - L'institut d'arbitrage de la Chambre de Commerce de Stockholm (SCC)
- Sentences arbitrales: définitives, obligatoires et exécutoires sur le fondement des conventions CIRDI et de New York.
- Pas de mécanisme d'appel et conditions d'annulation très restreintes

Statistiques: le nombre de requêtes en 2012

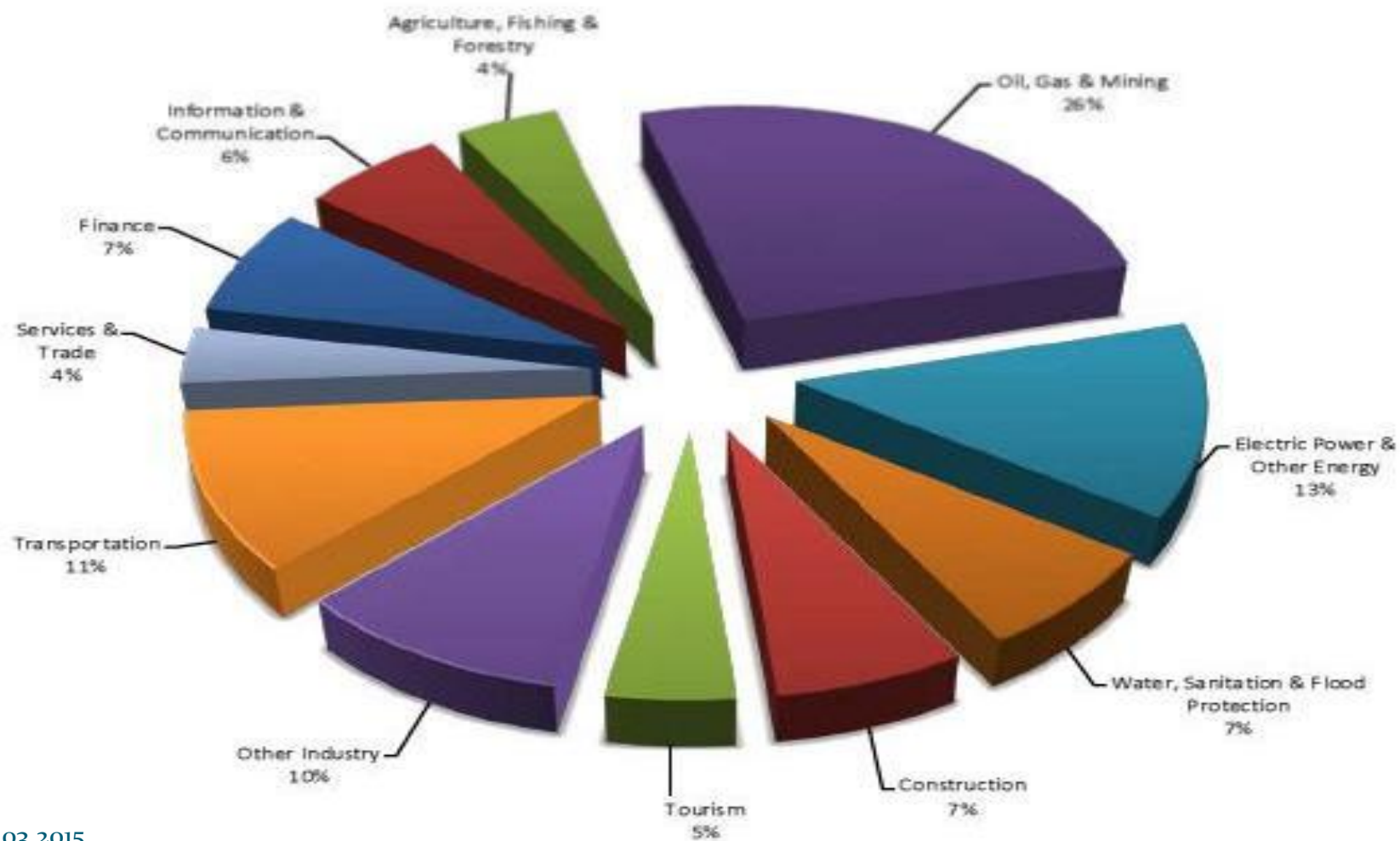
Moins de 15 arbitrages connus basés sur un TBI en fin 2000

En 2012,

- **518** arbitrages connus basés sur un Traités Bilatéraux sur la protection des Investissements fin 2012
- **62** nouvelles affaires connus ont été enregistrées : Records de nouveaux cas enregistrées en une année
- **68%** de ces nouveaux cas impliquent des pays en développement ou en transition économique
- Les plaintes portent sur une large gamme de mesures étatiques telles que:
 - Révocations de permis, Annulations de contrats, Modifications de lois nationales, Retrait de subventions précédemment accordés, Mesures fiscales, etc.
- Record d'indemnisation de toute l'histoire de l'arbitrage investisseur-Etat : 1.77 milliards de dollars US dans l'affaire *Occidental c. Equateur* (intérêts composés).
- Au Burkina.... Au moins un arbitrage "connus" sur la base d'un contrat (Société d'investigation, de recherche et d'exploitation minière c. Burkina Faso, sentence CIRDI du 19 janvier 2000).
- Au Sénégal

Statistiques: secteurs impliqués (CIRDI)

Chart 7: Distribution of All ICSID Cases by Economic Sector*:



Arbitrage investisseur-Etat: Défis pour les Etats

- Capacité limitée pour se défendre (besoin d'engager des grands cabinets internationaux d'avocats)
- Prive les tribunaux nationaux de leur compétence (ne renforce pas le développement de tribunaux locaux efficaces)
- Peut conduire à des réclamations devant de multiples forums de règlement des différends
- Problème de cohérence: Aucun moyen de faire appel ou réviser les sentences arbitrales
- Problèmes de prévisibilité: incertitude dans l'interprétation des clauses vagues des Traités
- Problème d'indépendance et impartialité des arbitres
- Durée et coûts: l'Etat est toujours perdant même quand il gagne
- **Problème de «l'effet paralysant»: Menace d'arbitrage comme moyen de pression sur les gouvernements**
- **Unanimité (Etats, OI, ONG) sur la nécessité de reformer le système**

Développements récents

- **Unanimité (Etats, OI, ONG) sur la nécessité de reformer le système de règlement des différends**
- **Discussions récentes sur la réforme du système:**
 - Exclure l'arbitrage international investisseur-Etat dans certains TBIs récents.

Exemple: TBI Australie-USA et nouvelle politique de l'Australie
 - Epuisement des voies de recours internes et/ou clauses d'option irrévocable (fork-in-the road clause)
 - Promotion de la transparence (nouvelles règles UNCITRAL)
 - Conflits d'intérêts: augmentation de contestations d'arbitres
 - Introduction d'un système de recours ou d'appel
 - Précision dans la formulation des droits et obligations dans les traités

Conclusion

- L'enjeu porte sur les actes et les mesures *prises par un Etat en sa qualité de souverain* (lois et règlements, pratiques, etc.)